Die Voraussetzungen des richterlichen Eides.

Eine Untersuchung
über den Einfluſs der Beweisergebnisse, Beweiserbietungen und Beweislast auf die Auferlegung des richterlichen Eides.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät

der

K. B. Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Gotthard Wielich

aus Krefeld

Referendar am kgl. Amtsgericht zu Wernigerode a. H.

AGAD. LUDW.BAT. BIBL.

Approbiert am 26. Mai 1908.

Erlangen.

K. B. Hof- und Universitätsbuchdruckerei von Junge & Sohn.

1908.

211

Referent: Herr Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0137

Stoffeinteilung.

Seite

Einleitung.

Einleitung und Geschichte des richterlichen Eides . . 1

Erster Abschnitt.

Einfluß der Beweisergebnisse auf den richterlichen Eid 6

A. Allgemeines 6

B. Es ist voller Beweis erbracht 6

C. Es ist gar kein Beweis erbracht 7

D. Es ist kein Hauptbeweis, aber einiger Gegenbeweis erbracht 12

E. Bedingt das Vorliegen der besprochenen Voraussetzungen einen Zwang zur Auferlegung des Noteides? 22

Zweiter Abschnitt.

Einfluß der Beweisantretungen auf den richterlichen Eid 24

A. Allgemeine Regeln 24

B. Unter welchen Bedingungen können angebotene Beweise übergangen werden? 26

C. Ablehnung von Hilfstatsachen 30

D. Eidesdelation und richterlicher Eid 31

α) Allgemeine Regeln 31

β) Bildet die Eidesdelation als solche eine Voraussetzung für den richterlichen Eid? 34

γ) Entscheidung einzelner Fälle 38

E. Befugnis des Richters bei Übergehung des zugeschobenen Eides 41

Dritter Abschnitt.

Beweislast und richterlicher Eid 43

A. Allgemeine Regeln 43

B. Einfluß der Beweislast auf die Wahl der Partei . 44

C. Einfluß der Beweislast auf die Auferlegung selbst 48

Schluß.

Welche Momente sind bestimmend für die Wahl des Schwurpflichtigen? 50

Literatur.

Archiv für die zivilistische Praxis.

Bolgiano, Das Reichs-Zivil-Prozeßrecht, 1879.

„ , in der Z. S., II, S. 101 ff.; XI, 275 ff.; XVIII, 340 ff.

„ , im Ziv. Arch., 58, S. 276 ff.; 59, S. 212 ff.

Deutschmann, Über argumentum a contrario, in Gr. 26, S. 48 ff.

Die gesamten Materialien zur Z.P.O., Bd. II, herausgegeben von C. Hahn, Berlin 1880.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig.

Fitting, Der Reichszivilprozeß, 1902.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Z.P.O., 1906.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Juristische Wochenschrift, seit 1872.

Kleinfeller, Die geschichtliche Entwicklung des Tatsacheneides 1900.

„ , Lehrbuch 1905.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Kohler, in Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 111 ff.

Kuhn, in Gruchot, 26, S. 38

Mugdan, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Schmidt, Lehrbuch, 1898.

Seuffert, Kommentar zur Z.P.O., 1904.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Stein, Das private Wissen des Richters.

„ , in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaften, S. 986 ff.

Struckmann-Koch, Kommentar, 1901.

Sydow u. Busch, Zivilprozeßordnung, 1905.

Wach, Handbuch, 1885.
„ , Vorträge über die R.Z.P.O., 1896.
Wetzell, Lehrbuch, 1861.
v. Wilmovski-Levy, Kommentar zur Z.P.O., 1896.
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, begründet von Busch, seit 1879.
Rosenberg, Die Beweislast nach der Z.P.O. und dem B.G.B., 1900.

Bemerkungen und Abkürzungen.

Die Motive und Protokolle zur Z.P.O. sind nach Hahns Materialien angeführt.

Ziv. Arch. = Archiv für zivilistische Praxis.

E.R.G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

E.R.G. in J.W. = Reichsgerichtsentscheidungen in der Juristischen Wochenschrift.

G. = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

J. W. = Juristische Wochenschrift.

Kr.V.J.Schr. = Kritische Vierteljahrsschrift.

S. A. = Seufferts Archiv.

Z. S. = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

Einleitung.

Einleitung und Geschichte des richterlichen Eides.

Mit dem 1. Oktober 1879 trat für den Bereich des deutschen Prozesses ein neues einheitliches Recht in Kraft. Eine freiere und selbständigere Stellung sicherte dem deutschen Richter die neue Prozeßordnung gegenüber den Parteien und dem Prozesse selbst, insbesondere durch die grundsätzliche Durchführung des Prinzips der freien Beweiswürdigung. Dieses Prinzip bedeutet die Loslösung von formalen Beweisregeln. Es bildete das Motiv verschiedener Umgestaltungen und gab manchen bereits vorher bestehenden Normen eine andere Gestalt. So erhielt auch der richterliche Eid ein neues leichteres Gewand. Bevor wir uns aber der Betrachtung des richterlichen Eides im jetzigen Rechte zuwenden, sei es gestattet einen kurzen Rückblick zu werfen auf die Geschichte dieser Einrichtung nicht nur des Interesses wegen, sondern auch weil die Kenntnis der Vergangenheit die Gegenwart besser verstehen hilft.

Verfolgen wir die Geschichte des richterlichen Eides zurück bis zu ihrem Ursprung, so finden wir denselben im Rechte aller Völker, angefangen vom alten Rom. Seinen Vorläufer erblickt Wetzel[1]) be-

[1]) Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, S. 167, Anm.

reits in der römischen sponsio (qui vir melior esset), welche nach einer von M. Cato bezeugten Sitte eingegangen wurde, wenn bei Abschließung des streitigen Geschäftes keine Zeugen zugezogen waren.

Vom corpus juris angefangen, finden wir sodann in allen Rechten die Befugnis des Richters, falls er durch die vorgelegten Beweismittel nicht völlig überzeugt ist, einer der beiden Parteien einen Eid über ihre Behauptungen aufzuerlegen[1]).

Verschieden aber ist im Laufe der Jahrhunderte die Frage behandelt worden, ob beiden Parteien bezw. welcher der beiden Parteien der richterliche Eid auferlegt werden könne. Für das alte römische Recht erklärten sich verschiedene Juristen[2]) zu der Ansicht, daß der richterliche Eid gemäß den Regeln der Beweislast nur dem Probanten zuerteilt werden könne, während die Lex 31 D XII, 2 dafür zu sprechen scheint, daß auch dem Probaten der Eid auferlegt werden könne. Die gleiche Folgerung könnte man vielleicht auch aus der Entwicklung des richterlichen Eides aus der sponsio ziehen.

Bereits aber im kanonischen Recht steht es fest[3]),

---

[1]) Lex 1 D XII, 2. Maximum remedium expediendarum litium in usum venit iusiurandi religio, qua vel ex partione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversio.

Lex 31 D XII, 2 . . . solent enim iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit.

Lex 3 C 4, 1. In bonae fidei contractibus nec non in ceteris causis inopia probationum per iudicem iureiurando causa cognita res decidi oportet.

[2]) Vergleiche dazu Wetzell Anm. 2.

[3]) c. 36 X, 2, 24. Sane si actor omnino in probatione defecerit, reus debet, et si nihil praestiterit obtinere; praesumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest ad ostendandam suam innocentiam

daß der Richter berechtigt war, sowohl den Probanten als dem Probaten den Eid aufzuerlegen.

Die italienische Jurisprudenz schloß sich dem kanonischen Recht an, setzte aber dem Richter gewisse Beschränkungen. Den Ausschlag bei Wahl der Partei sollte das Übergewicht der Beweise, bei Gleichheit der Beweise aber die Qualität des Klaggrundes geben, und demnach bei geringeren Sachen dem Kläger, bei größeren dem Beklagten der Eid zuerteilt werden.

Noch formellere Abgrenzungen erhielt die Behandlung der Frage durch die Kommentatoren[1]). Dieselben gaben bei weniger als halbem Beweis (suspicio = bloßer Verdacht) den Eid dem Probaten „ad ostendandam suam innocentiam", bei halbem Beweis (opinio = Wahrscheinlichkeit) dem Probanten „ad supplendam probationem". Es entschied also hauptsächlich die Quantität des vorhandenen Beweises.

Der richterliche Eid selbst wurde aufgefaßt als Ausnahme von dem Satze, daß niemand Zeuge in eigener Sache sein könne[2]).

In der deutschen Praxis machte sich ein Unterschied insofern geltend, als die italienischen Juristen bei allen bedeutenderen Sachen einen mehr als halben Beweis zur Gewährung des richterlichen Eides verlangten, während die deutsche Praxis diese Regel auf die dem öffentlichen Interesse dienenden Sachen beschränkte, im übrigen aber dem Probanten stets bei

---

iuramentum, nisi index inspectis personarium et causae circumstantiis, illud actori videat deferendum.

[1]) Bartolus ord., l. 31 D. h. t. Nr. 21, 22, 57; Baldus ad l. 3 C. h. t. Nr. 3, 15; Lanfr. de Oriano in comm. ad. l. 31 D. h. t. Nr. 30. — Nach Wetzell, a. a. O. Anm. 7.

[2]) Georg Kleinfeller, Lehrbuch S. 390 ff.

bereits halbem Beweis den richterlichen Eid als suppletorium gewährte; bei weniger als halbem Beweis stand auch hier dem Beklagten der Eid als purgatorium zu.

Freilich war dem Richter die Entscheidung der Frage, ob ein solch halber Beweis vorliege, überlassen, abgesehenvon dem rein quantitativ bemessenen Zeugenbeweis und besonders normierten Fällen[1]). So blieb die Regelung des richterlichen Eides im gemeinen Prozeßrecht bis 1879.

Besondere Regeln wurden schließlich dem Richter auferlegt durch die Landesgesetzgebung, so z. B. durch die A.G.O. und den code de procédure.

Diese partikularen Bestimmungen wurden aufgehoben durch § 14, 2 und 3 E.G.Z.P.O., der richterliche Eid selbst aber erfuhr eine vollständige Umwandlung durch die neue Z.P.O. vom 1. Oktober 1879.

Auch in unserem modernen Prozeß hat sich der richterliche Eid erhalten, aber eine gewaltige Kluft besteht zwischen ihm und dem richterlichen Eid des gemeinen Prozesses, eine Kluft, gebildet durch die strengere Durchführung der unserm heutigen Zivilprozeß eigentümlichen Beweiswürdigung und ihre Konsequenzen. Während bisher der deutsche Richter die Beweise der Parteien abwägen und messen mußte, um so gemäß den formellen Beweisregeln zur Auferlegung eines richterlichen Eides zu gelangen, ist er im neuen Prozeß befugt, die ganze Beweisaufnahme bei Seite zu schieben und bereits auf Grund der mündlichen Verhandlung einen Eid aufzuerlegen.

Während gleichfalls formelle Regeln den Richter früherer Zeit zwangen, in einem Falle dem Probanten,

---

[1]) Wetzell, a. a. O. Anm. 12.

im anderen dem Probaten den Eid zu geben, läßt das neue Recht auch hier den Richter nach seinem Ermessen schalten und walten. Man fürchtete von dieser Freiheit des Richters in der Beweiswürdigung eine Rechtsunsicherheit[1]), eine Vermehrung der Eide und ein Bestreben des Richters, auf diese Weise langwierige Beweisaufnahmen zu umgehen. Doch mit Unrecht! Vergleichen wir die in den vergangenen 28 Jahren gefallenen Entscheidungen der oberen Instanzen, so finden wir nur wenige, welche dem Unterrichter die Auferlegung eines nicht berechtigten richterlichen Eides vorwerfen, dagegen viele, nach denen der Unterrichter zu Unrecht vor dem richterlichen Eid zurückgeschreckt ist. Diese Tatsache zeigt, daß trotz der gewährten Freiheit eher zu wenig wie zu viele Eide auferlegt worden sind, und diese Tatsache hat nicht ihren letzten Grund darin, daß der Richter plötzlich den sicheren Halt vermißt, den ihm der richterliche Eid des gemeinen Prozesses bot. Und doch bietet auch der moderne Prozeß Grenzen, über die der Richter nicht hinaus gehen darf, freilich nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmte Grenzen, aber doch Grenzen, die das Wesen des richterlichen Eides und die logische Interpretation der einschlägigen Bestimmungen ihm setzen. Denn was Wach über die freie Beweiswürdigung im allgemeinen sagt[2]), können wir auch hier sagen: „Sie ist nicht im prinzipiellen Gegensatz zum früheren Recht.

---

[1]) So Wach, Vortr., S. 123, Anm.: „der Phrase gegenüber, daß die freie Beweiswürdigung im Dienste der Wahrheit den Zivilprozeß beherrschen und die formale Beweisregel ausschließen müsse, kann man nicht scharf genug darauf hinweisen, daß die Rechtssicherheit die Beweissicherheit erheischt . . .“

[2]) Wach, a. a. O. S. 213.

Der Unterschied ist ein quantitativer. Er bedeutet die größere Befreiung des Richters aus hervorgebrachten, beengenden, vielfach zu kasuistischen, engherzigen Regeln über Kraft und Zulässigkeit der Beweismittel".

Diese Grenzen nun, die dem richterlichen Eide auch im modernen Rechte noch gezogen sind, zu bestimmen, ist der Zweck des folgenden Hauptteils dieser Arbeit.

I. Abschnitt.

Einfluß der Beweisergebnisse auf den richterlichen Eid.

A. Allgemeines.

Wenn wir untersuchen wollen, ob ein richterlicher Eid auferlegt werden kann, so wird vorerst die Beantwortung der Frage wichtig, inwieweit das Vorhandensein von Beweisergebnissen eine Voraussetzung bildet für die Auferlegung des richterlichen Eides, und in welcher Hinsicht durch diese dem freien richterlichen Ermessen Grenzen gezogen sind. Denn über die Beantwortung dieser Frage muß das Gericht sich stets klar sein, falls es die Auferlegung eines richterlichen Eides ablehnt, wenn es sich nicht dem Verdachte aussetzen will, seiner Befugnis aus § 475 sich nicht bewußt geworden zu sein[1]).

B. Es ist voller Beweis erbracht.

Als oberste Grenze müssen wir annehmen, daß der richterliche Eid keine Anwendung finden kann, sobald auf andere Weise voller Beweis der streitigen Tatsache

[1]) von Wilmowsky-Levy a. a. O.; R.G. XIV, S. 321 u. oft.

erbracht ist. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaute des § 475, welcher lautet:

„Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Tatsache einen Eid auferlegen."

Es ergibt sich diese Regel aber auch aus dem Zweck und dem Wesen des richterlichen Eides überhaupt. Denn der richterliche Eid ist ein Hilfsmittel, um das zur vollen Wahrscheinlichkeit fehlende Plus oder Minus der richterlichen Überzeugung beizubringen; er kann daher naturgemäß da nicht Platz greifen, wo ein solch fehlendes Plus oder Minus nicht besteht. Diese obere Grenze ist von keiner Seite angezweifelt worden und bedarf, da sie sich von selbst versteht, wohl keines weiteren Beweises[1]).

C. Es ist gar kein Beweis erbracht.

Anders verhält es sich mit der Grenze nach unten und der Frage: darf ein richterlicher Eid auch dann auferlegt werden, wenn weder irgendwelcher Beweis noch Gegenbeweis erbracht ist? Verneinen wir diese Frage — und wir müssen sie, wie gezeigt werden soll, verneinen — so stehen wir hier der gegenteiligen Ansicht des Reichsgerichts gegenüber. Mag auch das Reichsgericht ursprünglich auf dem hier vertretenen Standpunkt gestanden haben[2]), in einer grundlegenden

[1]) Vgl. auch Wilm.-Levy, S. 702.

[2]) So E.R.G. v. 3. I. 1884: J. W., S. 46, eine Entscheidung, die mir leider nicht zur Verfügung stand, und E.R.G. v. 2. IV. 1894: J. W. S. 279, die sich in keineswegs bestimmter Weise ausspricht.

Entscheidung[1]) hat es sich gegen denselben gewandt und ist von dieser Entscheidung, soweit mir bekannt, bisher auch nicht abgewichen[2]).

In der genannten grundlegenden Entscheidung sagt nun das Reichsgericht wie folgt: „Die von der Revision vertretene Ansicht, daß die Auferlegung eines richterlichen Eides nur zulässig sei, wenn bereits einiger Beweis oder eine gewisse Wahrscheinlichkeit vorliege, kann nicht gebilligt werden. Der § 437 (jetzt 475) setzt vielmehr lediglich voraus, daß das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu begründen, und dies trifft auch dann zu, wenn überhaupt keine Beweisaufnahme stattgefunden oder eine solche kein Ergebnis geliefert hat, und auch die Verhandlungen ein ganz negatives Ergebnis geliefert haben. Es ist dies wie die Motive zu § 419 des Entwurfes, mit welchem der § 437 des Gesetzes vollständig übereinstimmt, ergeben, eine bewußte, auf dem vom Gesetzgeber angenommenen Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung beruhende Abweichung von dem früheren gemeinen Prozeßrechte, nach welchem der richterliche Eid zur Ergänzung oder zur Beseitigung der Ergebnisse eines vorliegenden unvollständigen Beweises diente."

Der hier angeführten Meinung kann ich aus folgenden Gründen nicht beipflichten:

Erstens: Diese Entscheidung beruht m. E. zunächst auf einer völlig falschen Auslegung der Worte „nicht

[1]) E.R.G. v. 20. IV. 1895, Bd. 35, S. 110.

[2]) E.R.G. v. 15. III. 1900: J. W. 311 und auf dem gleichen Standpunkt Band. O.L.G. in S.A. Bd. 59, Nr. 17.

ausreichend". Denn diese Worte bedeuten gerade, daß einiger Beweis vorhanden sein muß. Oder würde man von einem verschuldeten Studenten, der keinen Pfennig sein eigen nennt, sagen können, sein Geld „reiche nicht aus", um die Gläubiger zu befriedigen? Oder von einem Schriftsteller, der sich verpflichtet hat, eine Broschüre zu liefern, dieselbe aber gar nicht schreibt, er habe eine „nicht ausreichende" Broschüre geliefert?! Was für ein Grund liegt aber vor, hier in der Auslegung der Worte „nicht ausreichend" von dem allgemeinen Sprachgebrauch abzuweichen? „Kein Beweis" und ein „nicht ausreichender Beweis" decken sich nicht, sondern sind in gewisser Beziehung geradezu kontradiktorische Begriffe, denn ein „nicht ausreichender Beweis" ist eben „ein Beweis".

Zweitens: Die genannte Entscheidung steht in direktem Widerspruch mit dem Sinn des § 475, da derselbe eine unvollständige Überzeugung vervollständigen will, indem er sagt: „nicht ausreichend, „um die Überzeugung . . . zu begründen." Liegt aber gar keine Wahrscheinlichkeit vor, so kann doch von einer positiven und demnach auch von einer unvollständigen Überzeugung nicht die Rede sein. Eine der Entscheidung des Reichsgerichts entsprechende Auslegung des § 475 würde daher dem Wesen des richterlichen Eides, das denselben zu allen Zeiten charakterisierte, völlig widersprechen. Denn der richterliche Eid war jederzeit und ist auch heute noch nur ein subsidiäres Mittel, ein Hilfsmittel, sei es zur Ergänzung oder Beseitigung der Ergebnisse eines nicht vollständig geführten Beweises, wie im gemeinen Recht, oder ein Ergänzungsmittel für die richterliche Überzeugung, wie im modernen Prozeß. Immer aber tritt der richterliche Eid nur subsidiär in

Tätigkeit. Diesem Charakter des richterlichen Eides würde es direkt widerstreiten, wenn er dazu gebraucht werden sollte, ohne weiteres einen Prozeß zu entscheiden.

Drittens: Die vom Reichsgericht vertretene Ansicht würde den § 475 in direkten Widerspruch setzen mit dem Prozeßgrundsatz „actore non probante reus absolvitur". Aus welchem Prinzip heraus aber sollte der Kläger, der gar nichts bewiesen hat, noch Anspruch auf die Vergünstigung des richterlichen Eides haben, und auf der anderen Seite der Richter dem Kläger, welcher nichts bewiesen hat, durch eine solche Maßnahme zum Siege zu verhelfen suchen. Aus dem Wortlaut des § 475 läßt sich, wie bereits gezeigt, solch gegensätzliche Stellung zu dem Prinzip „actore non probante rens absolvitur" nicht entnehmen, so daß eine Ausnahme von diesem auch im modernen Prozeß grundsätzlich anerkannten Satz nicht angenommen werden kann und darf.

Viertens: Und schließlich noch eine praktische Konsequenz, die das Reichsgericht nicht beachtet, deren Eintritt aber kaum immer vermieden werden könnte. Will der Richter nach der Entscheidung des Reichsgerichts einen richterlichen Eid auferlegen, obgleich keine der beiden Parteien ihre Behauptungen auch nur irgendwie glaubwürdig gemacht hat, so würde eine derartige Freiheit nichts anderes bedeuten, als der Willkür Tür und Tor zu öffnen und dem Richter es zu überlassen, den Eid derjenigen Partei zu geben, die ihm am sympathischsten erscheint.

Diese Gesichtspunkte dürften wohl bereits genügen, den Standpunkt des Reichsgerichts als ungerechtfertigt zu erweisen. Da sich dasselbe aber noch auf die Mo-

tive zu § 419 beruft, um zu beweisen, daß auch hier unter den Worten „nicht ausreichend“ der Fall einbegriffen sei, wenn beweislose Behauptungen einander gegenüberständen, so möchte ich dem entgegen halten, daß die Motive zu § 419 des Entwurfs nur die Notwendigkeit einer Beweisaufnahme verneinen, nicht aber das Vorliegen irgendwelcher Wahrscheinlichkeit überhaupt; im übrigen geben die Motive an dieser Stelle nur den Wortlaut des Gesetzes selbst wieder. Als Beweis für die Richtigkeit seiner Anschauung kann daher das Reichsgericht diese Stelle der Motive nicht anführen.

Dagegen findet sich in den Motiven eine die gegenteilige Meinung unterstützende Stelle, allerdings in den Motiven zu § 246, wo es heißt: „Nodwendig wird dagegen die Regelung der Beweislast, wenn in betreff der streitigen Tatsache nichts bewiesen ist, weil in diesem Fall die Sätze: „actore non probante reus absolvitur“ und „reus excipiendo fit actor“ Platz greifen.“

Zwar will diese Stelle keineswegs positiv bestimmen, wann ein richterlicher Eid auferlegt werden könne, doch entscheidet sie den hier besprochenen besonderen Fall ganz unzweideutig, indem sie den richterlichen Eid ausschließt durch Anwendung des genannten Rechtssatzes.

Somit glaube ich, mit Recht annehmen zu können, daß die Stellung des Reichsgerichts in dieser Frage unter keinen Umständen haltbar ist. Auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen denn auch, soweit mir bekannt, alle Kommentatoren, hauptsächlich wegen der unter 4 besprochenen Konsequenz[1]).

[1]) So Gaupp-Stein, Anm. 2 zu § 475: „Stehen sich die Be-

Nachdem wir für diese beiden äußersten Grenzen der Beweisergebnisse die Auferlegung eines richterlichen Eides abgelehnt haben, sind innerhalb dieser Grenzen noch drei Zwischenstufen möglich.

1. Es liegt ein unvollständiger Beweis und ein unvollständiger Gegenbeweis vor.

2. Es liegt ein unvollständiger Beweis; aber kein Gegenbeweis vor.

3. Der Hauptbeweis ist völlig mißlungen (bezw. gar nicht angetreten), der Gegenbeweis nur teilweise gelungen. Dieser Fall ist im Folgenden näher zu untersuchen.

D. Es ist kein Hauptbeweis, aber einiger Gegenbeweis gebracht.

Daß in den Fällen 1 und 2 ein richterlicher Eid auferlegt werden kann, unterliegt wohl keinem Zweifel, da dies ja gerade die typischen Fälle des richterlichen Eides sind. Anders aber verhält es sich mit dem unter 3 genannten Fall.

Hier hat Bolgiano die These aufgestellt[1]), daß der richterliche Eid auferlegt werden müsse, sobald irgendwelcher Gegenbeweis erbracht sei, auch wenn kein Beweis für die Behauptung selbst vorhanden sei.

Das Reichsgericht hat sich in nur unbestimmter

---

hauptungen beweislos gegenüber, so wäre die Auferlegung ein Akt der Willkür."

Gleicher Ansicht Struckm.-Koch, S. 570; Seuffert, Anm. 1, S. 680; Wilm.-Levy, S. 712; Fitting, S. 306; Rosenberg, Beweislast, S. 19 ff.

Z.S., VI, 506 (O.L.G. Dresden 28. X. 1880).

[1]) Bolgiano, Handbuch, S. 510 ff.; in der Z.S. II, 101 f., XI, 275 f. und XVIII, 340 f.; im ziv. Arch. LVIII, S. 276 ff., LIX, 212.

Weise geäußert[1]), indem es sagt: „Denn diese (die Frage, ob ein richterlicher Eid auferlegt werden darf), wird nicht füglich bejaht werden dürfen, (wiewohl auch dies bestritten ist), wenn zugunsten des Beweispflichtigen nichts und nur zugunsten des Gegenteils etwas bewiesen ist".

Ebenso sagt das Reichsgericht in einer späteren Entscheidung[2]): „Die Beantwortung der streitigen, in Band XXI, 379 daselbst nur nebenbei und in unbestimmter Weise verneinten Frage, ob auf einen richterlichen Eid auch erkannt werden dürfe, wenn zugunsten des Beweispflichtigen nichts und zugunsten des Gegners etwas erwiesen ist, kann dahingestellt bleiben."

Da eine definitive Stellungnahme des Reichsgerichts zu dieser Frage somit nicht erfolgt ist, möchte ich auf die These Bolgianos näher eingehen, zumal sich zwar die herrschende Meinung gegen Bolgiano gewandt hat und Kuhn ihn zu widerlegen versuchte[3]), Bolgiano aber gleichwohl auf seiner Meinung beharren zu müssen glaubte.

Bolgiano behauptet zunächst, die Richtigkeit seiner These ergebe sich mit Notwendigkeit aus der grammatikalischen und logischen Auslegung des § 475. Zum Beweise stellt er den Satz auf, das Wort „kann" in § 475 beziehe sich nur auf die Wahl der Partei, nicht aber auf die Eidesdelation selbst, denn § 475 enthalte zwei Alternativen. Entweder liege ein unvollständiger Wahrheitsbeweis vor, dann müsse der Richter einen richterlichen Eid auferlegen, oder es

[1]) E.R.G., Bd. XXI, S. 374.
[2]) E.R.G., Bd. XXXV, 110.
[3]) Kuhn in Gr. XXVI, S. 38ff.

liege ein unvollständiger Unwahrheitsbeweis vor, dann dürfe der Richter keinen richterlichen Eid auferlegen, nach dem Satz: „actore non probante reus absolvitur". Demnach beziehe sich das „kann" nicht auf die Auferlegung des richterlichen Eides selbst, sondern nur auf die Wahl der Partei.

In diesen Prämissen sind jedoch m. E. bereits verschiedene Fehler enthalten. Im Fall der ersten Alternative besteht ein Zwang des Richters zur Auferlegung eines richterlichen Eides nicht, denn es kann sehr wohl vorkommen, daß zwar ein nicht ausreichendes Ergebnis vorliegt, der Richter aber aus anderen Gründen von der Auferlegung eines richterlichen Eides absieht. Denn der richterliche Eid bezweckt, die Überzeugung des Richters zu vervollständigen, von einer Überzeugung aber kann man nicht mehr sprechen, sobald ein formeller Zwang ausgeübt wird. Allerdings besteht für den Richter ein Zwang, aber nicht ein Zwang, den Eid aufzuerlegen, sondern nur, Rechenschaft zu geben in den Urteilsgründen, warum er gegebenen Falles von der Auferlegung eines richterlichen Eides abgesehen habe. Dies freilich muß er tun, da sonst die Möglichkeit zu der Annahme besteht, daß er sich seiner Befugnis nicht bewußt geworden sei[1]).

Der Schluß Bolgianos aber im Fall der zweiten Alternative enthält einen logischen Fehler; denn er beweist hier mit Hilfe des Satzes: „actore non probante rens absolvitur", daß der Richter einen richterlichen Eid nicht auferlegen kann, während der Zweck seines ganzes Beweises ist, zu zeigen, daß § 475 eine Ausnahme von dem genannten Satze bildet.

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Anm. 1 zu § 475; Fitting, Z.P.O., S. 307; E.R.G. XIV, 327; XV, 399; LI, 412 u. o.

Der Hauptgrund aber, welcher Bolgiano zu seiner falschen Interpretation verleitet, ist der, das Bolgiano das Wort „Unwahrheitsbeweis“ in § 475 gleichgestellt mit „Gegenbeweis“. Diese Gleichstellung will ich, um die Folgerung Bolgianos vorerst zu Ende zu führen, weiter unten näher untersuchen.

Nach Aufstellung der genannten Prämissen schließt Bolgiano weiter: „Müsse der Richter im ersten Fall einen richterlichen Eid auferlegen, so müsse er es auch im zweiten Falle.“ Damit stolpert Bolgiano über sich selbst, indem er ja eingangs (s. o.) die These aufstellte, daß der Richter im zweiten Fall der Alternative keinen richterlichen Eid auferlegen dürfe. In Wirklichkeit kann nur einer der beiden Sätze richtig sein, da sie einander ausschließen. Indem Bolgiano den letzteren Satz verteidigt und zu beweisen sucht, erkennt er den ersteren selbst als unrichtig an.

Der Schwerpunkt nun im Beweis Bolgianos beruht, wie schon gesagt, auf der Meinung, daß Unwahrheitsbeweis unbedingt und nur Gegenbeweis bedeuten könne.

Dem setzt nun Kuhn[1]) entgegen: „Zur Begründung eines Anspruchs (scil. einer Einrede) ist es nicht immer nur erforderlich, die Wahrheit, sondern häufig auch die Unwahrheit zu erweisen.“ Somit könne ein Unwahrheitsbeweis sehr wohl auch ein Hauptbeweis sein.

Bolgiano wendet sich hiergegen[2]), indem er sagt: „Natürlich liegt hierin durchaus keine Abweichung von dem Satz: actore non probante reus absolvitur, allein der Richter hat hier nicht eine unvollständige

[1]) Kuhn, a. a. O., Bolgiano, a. a. O.

[2]) Bolgiano, a. a. O.

Überzeugung von der Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache, wie Kuhn meint, sondern wie im vorigen Fall eine unvollständige Überzeugung von deren Wahrheit.“ Bolgiano meint also, nach Kuhns Auslegung würde in § 475 ein Pleonasmus liegen, den man nicht annehmen dürfe.

Kuhn sucht diesen Einwand vorwegzunehmen[1]), indem er vor den Worten „zu erweisenden Tatsache“ supplieren will „als wahr oder unwahr“, welche Worte der Gesetzgeber deshalb nicht eingefügt habe, weil sie eo ipso nach dem Satz des Zivilrechts „zu erweisen ist die Wahrheit oder Unwahrheit bestimmter Tatsachen“ zu ergänzen seien.

Eine solche Supplierung erscheint mir unnötig. Im Sinne Kuhns würde Wahrheits- und Unwahrheitsbeweis ohnedies bedeuten Beweis der positiven (als wahr) oder negativen (als unwahr) zu erweisenden Tatsachen. Nimmt man an, daß bereits der Wahrheitsbeweis den Beweis der positiven und negativen Tatsachen in sich schließt, so würde man allerdings dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, etwas Überflüssiges ins Gesetz eingefügt zu haben. Aber selbst dann müssen wir dieser Interpretation den Vorzug geben, denn wenn von zwei Auslegungen die eine dem Gesetzgeber ein überflüssiges Wort, die andere aber einen Gegensatz zu anerkannten Prozeßgrundsätzen zum Vorwurf macht, so können wir wohl in der Wahl nicht zögern schon mit Rücksicht auf die sich ergebenden Konsequenzen[2]).

---

[1]) Kuhn, a. a. O.

[2]) So auch Rosenberg, a. a. O. S. 10: „Es kommt nicht darauf an, daß die Unwahrheit einer Behauptung positiv festgestellt wird, gerade umgekehrt: die Wahrheit einer Behauptung muß fest-

Bolgiano sucht nun noch einen weiteren Beweis, ja eigentlich seinen Hauptbeweis in den Motiven[1]) zu §§ 236—240, die folgendermaßen lauten: „Die Regelung der Beweislast erfolgt erst durch Urteil, wenn es derselben bedarf. Ein solches Bedürfnis wird sich in vielen Fällen gar nicht geltend machen. Führt nämlich die Verhandlung oder die Beweisaufnahme zum Resultat, daß die streitige Tatsache oder ihr Gegenteil bewiesen ist, so ist eine Entscheidung über die Beweispflicht nicht notwendig. Dasselbe gilt, wenn soviel erwiesen ist, daß das Gericht zur Auferlegung eines richterlichen Eides gelangt; denn die Entscheidung darüber, wem ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, ist unabhängig von der Frage, wer zu beweisen habe. Notwendig wird dagegen die Regelung der Beweislast, wenn in betreff der streitigen Tatsache nichts erwiesen ist, weil in diesem Falle die Sätze: „actore non probante reus absolvitur“ und reus excipiendo fit actor“ Platz greifen“.

Bolgiano sucht nun in dem Satz: „Dasselbe gilt, wenn soviel . . .“ aus dem vorhergehenden Satz zu ergänzen: „von der streitigen Tatsache oder ihrem Gegenteil“ und schließt daraus, die Entscheidung der Motive gehe an dieser Stelle dahin, „daß eine Regelung der Beweislast überflüssig sei, wenn die streitige Tatsache oder ihr Gegenteil vollständig oder auch nur unvollständig bewiesen wurde, indem letzteren Falles der Richter der einen oder der anderen Partei einen Noteid aufzuerlegen hat.“

---

stehen; . . . daher sind jene Bestimmungen der Z.P.O., welche die Wahrheit einer Behauptung deren Unwahrheit gleichstellen, wie § 286 und § 475 unrichtig gefaßt und haben unnötige Zweifel verursacht.“

[1]) Motive S. 271.

Kuhn geht auf die Auslegung Bolgianos ein und sucht den Gegenbeweis zu führen, daß Bolgianos Interpretation sich keineswegs mit Notwendigkeit aus der genannten Stelle ergebe.

M. E. ist aber ein solcher Gegenbeweis hier nicht am Platze, da die von Bolgiano angezogene Stelle sich nicht darauf bezieht, wann ein richterlicher Eid auferlegt werden könne, sondern nur darauf, ob die Beweislast in Frage komme für die Wahl der Partei, wenn die Auferlegung eines solchen Eides bestimmt ist. Dies geht hervor aus der Begründung, welche der von Bolgiano zitierte Satz sich selbst in seinem zweiten Teile gibt, indem er sagt: „Denn die Frage, wem ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei . . .“ Die Stelle will also nicht entscheiden, wieviel und was nötig sei, um einen richterlichen Eid aufzuerlegen, sondern sagt nur, daß im Fall der Bejahung dieser Frage, die Beweislast nicht in Betracht komme für die Wahl der Partei.

Die Richtigkeit dieser Ansicht geht m. E. weiter daraus hervor, daß an dieser Stelle auch gar nicht der Platz wäre, die Frage der Auferlegung eines richterlichen Eides zu regeln; vielmehr müßte, wenn die Motive sich gemäß der Ansicht Bolgianos ausgesprochen hätten, die Entscheidung hierüber vor allem in der Begründung des § 419 ausgesprochee sein. Aus den Motiven zu § 419 aber kann Bolgiano, wie er selbst zugesteht, keinen weiteren Beweis für die Richtigkeit seiner These entnehmen, da dieselben nur den Wortlaut des Gesetzes selbst ohne jede weitere Bemerkung wiedergeben.

Aus dem gleichen Grunde — weil die angeführte Stelle nicht entscheiden will, wann ein richterlicher

Eid auferlegt wird — ist auch das argumentum a contrario Bolgianos aus dem letzten Satze: „notwendig wird ...“ heraus unbrauchbar. Denn dieser Satz bildet nicht eine Ausnahme, sondern nur die Regelung eines speziellen Falles, auf den man die Regel anwenden muß: „Unius positio non est alterius exclusio“. Bolgiano begeht daher mit diesem Schlusse m. E. den Fehler, daß er „den gegebenen Satz zu Unrecht als Ausnahme hinstellt und infolgedessen per argumentum a contrario eine unrichtige Regel findet“ [1]).

Nach dem Gesagten glaube ich annehmen zu dürfen, daß Bolgianos These sich weder mit Rücksicht auf das Gesetz, noch auch mit Rücksicht auf die Auslegung der Motive halten läßt; selbst wenn sich aber ein Beweis aus den Motiven ableiten ließe, so wäre doch immer zu berücksichtigen, daß sie, wie Bogliano selbst zugibt, „nicht den Wert einer authentischen Interpretation haben“, und überhaupt nicht ins Gewicht fallen, wenn sie mit dem Gesetz in Widerspruch treten.

Abgesehen hiervon erscheint die These Bolgianos aber noch unhaltbarer, wenn wir die notwendigen Konsequenzen aus derselben ziehen.

1. Nach Bolgianos Satz wird der Beklagte bei teilweise gelungenem Beweise schlechter gestellt, als bei völlig mißlungenen Beweis — eine juristische Unmöglichkeit.

Denn würden wir auf einen richterlichen Eid erkennen, wenn nur ein unvollständiger Gegenbeweis vorliegt, so müßten wir dies auch dann tun, wenn

---

[1]) Deutschmann, Über argumentum a contrario, Gr. XXVI, 59.

weder Beweis noch Gegenbeweis vorhanden sind. Daß aber in letzterem Falle ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden kann, glaube ich bereits oben (S. 7 ff.) nachgewiesen zu haben. Gerade wegen dieser Konsequenz haben fast alle Kommentare die Theorie Boglianos verworfen[1]).

In seiner Kritik des Entwurfes[2]) zieht Bolgiano auch selbst diese Konsequenz, indem er sagt: „Ein Verlassen des Fundamentalsatzes „actore non probante rens absolvitur" in dem Fall, da Beklagter seine Nichtschuld unvollständig erwies, erfordert notwendig ein Aufgeben jenes Prinzips auch für den Fall, da Beklagter seiner Unschuld gar nicht erweisen konnte.

Doch bereits in seiner zweiten Abhandlung[3]) zieht Bolgiano diese Konsequenz nicht mehr und antwortet, von Kuhn um den Grund befragt: „Ich konnte und durfte das nicht tun, da anomale Vorschriften strictissime zu unterpretieren sind."

Gewiß! Aber dann hätte Bolgiano nunmehr logischerweise den umgekehrten Schluß ziehen müssen, und daraus, daß § 437 (jetzt 475) diese Konsequenz nicht enthielt, die Unrichtigkeit der von ihm aufgestellten These folgern müssen. Denn indem ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden darf, wenn weder Beweis noch Gegenbeweis vorliegt, so würde sich bei

---

[1]) Gaupp-Stein, Anm. 2 zu § 475: „Denn die Lage des Gegners kann nicht dadurch verschlechtert werden, daß er gegen eine unbewiesene Behauptung Gegenbeweis erbringt."

Ebenso Seuffert, Anm. 2 zu § 475; Wilm.-Levy, Anm. 3; Petersen Nr. 2, Abs. 2; Struckm.-Koch, S. 570 und Planck, Lehrbuch II, S. 329.

[2]) Bolgiano im Ziv. Arch. LVIII, 276 ff.

[3]) Bolgiano, Z.S. II, S. 101 ff.

Aufrechterhaltung der Theorie Bolgianos ein Widerspruch des § 475 nicht nur mit den allgemeinen Prozeßgrundsätzen, sondern auch mit sich selbst ergeben, da der angegriffene Satz, wie Kuhn richtig bemerkt, „ein Plus enthält, welches der Gesetzgeber nicht wollen konnte, wenn er das Minus nicht wollte".

2. Da Bolgiano die Frage der Beweislast und damit den Satz: actore non probante reus absolvitur nach seiner Auslegung der Motive überhaupt ausschalten will, sobald nur irgend etwas bewiesen ist, sei es für oder gegen den Kläger, so würde selbst dann auf einen Noteid zu erkennen sein, wenn der Beklagte gar nichts beweist, der Beweis des Klägers aber gegen ihn selbst (den Kläger) spricht und die Unwahrheit des von ihm Behaupteten unvollständig dartut — eine Konsequenz, für welche das unter 1 Gesagte in noch verstärktem Maße gilt[1]).

3. Die These Bolgianos läuft dem Wesen des richterlichen Eides direkt zuwider. Denn der richterliche Eid ist und bleibt ein subsidiäres Beweismittel d. h. er greift erst dann ein, wenn der Prozeß auf andere Weise, sei es zugunsten oder zuungunsten des Klägers, nicht entschieden werden kann. Letzteres ist aber überall da nicht der Fall, wo allgemeine Regeln den Prozeß entscheiden, also auch da, wo der Kläger abzuweisen ist nach dem allgemein gültigen Satz: actore non probante reus absolvitur". Demnach würde in diesem Fall, wo die Entscheidung des Prozesses nicht nur möglich, sondern sogar geboten erscheint, die Auferlegung eines richterlichen Eides dem Wesen desselben widerstreiten.

---

[1]) Kuhn, a. a. O. S. 44.

Noch eine Erwägung möchte ich zum Schlusse dieser Untersuchung beifügen. Gilt der genannte Lehrsatz: „actore non probante reus absolvitur“ noch — und seine grundsätzliche Geltung erkennt ja auch Bolgiano an — so können wir nicht annehmen, daß die Motive eine so wichtige Ausnahme von ihm machen wollten, ohne dies expressis verbis hervorzuheben. Zum mindesten müßte dies geschehen sein in den Motiven zu § 419, wo doch ausdrücklich auf sämtliche Unterscheidungen zwischen dem richterlichen Eide des gemeinen und des neuen Prozesses hingewiesen ist. Das Stillschweigen der Motive an dieser Stelle beweist wohl zur Genüge, daß sie eine solch gegensätzliche Stellung im neuen Prozeß nicht eingeführt wissen wollten.

Wir kommen somit nach allem über die Beweisergebnisse Gesagten zu folgenden Ausnahmen von dem eingangs aufgestellten Grundsatz der richterlichen Freiheit:

1. Ein richterlicher Eid kann nicht auferlegt werden, wenn weder Beweis noch Gegenbeweis vorliegt.
2. Ein richterlicher Eid kann nicht auferlegt werden, wenn zwar ein unvollständiger Gegenbeweis, aber kein Hauptbeweis erbracht ist.

E. Bedingt das Vorliegen der besprochenen Voraussetzungen einen Zwang zur Auferlegung des Noteides?

Noch eine Norm, auf die ich bereits hingedeutet habe (vgl. S. 14), möchte ich zum Schlusse dieses Abschnittes nicht unberücksichtigt lassen. Der Richter darf sich m. E. auch bei Vorliegen der besprochenen Voraussetzungen des Noteides nur dann bedienen,

wenn derselbe geeignet ist, für ihn volle Überzeugung in betreff der streitigen Tatsache zu begründen[1]).

Dieser Grundsatz entspricht den Motiven, wenn dieselben sagen[2]): „Der richterliche Eid ist seinem Zweck nach derjenigen Partei aufzuerlegen, durch deren eidliche Versicherung der Richter die ihm noch fehlende Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Tatsache zu gewinnen vermag.“ So sagt auch Fitting[3]): „Es (das Gericht) braucht ihn (den richterlichen Eid) ungeachtet des Daseins obiger Voraussetzungen nicht aufzuerlegen, wenn es den Umständen nach annimmt, daß es dadurch nicht zu einer Überzeugung würde gelangen können.“

Die Richtigkeit dieser Ansicht geht auch weiter daraus hervor, daß der richterliche Eid, obgleich er unabhängig von formalen Beweisregeln ist, doch, einmal geschworen, formelle Beweiskraft wie jeder andere Eid besitzt. Es wäre daher eine Unmöglichkeit, wenn der Richter einer Partei den richterlichen Eid auferlegen müßte, obgleich er sich von der eidlichen Aussage derselben keine Überzeugung verspricht, da ja gerade das Verschaffen einer vollen Überzeugung der Zweck des richterlichen Eides ist.

Inwieweit nun der Richter auf die aufgestellten Normen Rücksicht zu nehmen hat bei Auswahl der Partei, soll im Schlußkapitel der Arbeit untersucht werden. Desgleichen soll an dieser Stelle unerörtert bleiben die Berücksichtigung der Beweisergebnisse, wenn kein Beweis und nur unvollständiger Gegenbeweis erbracht ist, eine Partei aber der anderen über die

---

[1]) Gaupp-Stein, Anm. 1 zu § 475.

[2]) Motive zu § 419, S. 340.

[3]) Fitting, Z.P.O., S. 307.

streitige Tatsache einen Eid zugeschoben hat, dieser Fall gehört unter die nunmehr weiter zu betrachtende Frage, inwieweit die Beweisantretungen der Parteien eine Berücksichtigung voraussetzen, wenn der Richter einen richterlichen Eid auferlegen will.

II. Abschnitt.

Einfluß der Beweisantretungen auf den richterlichen Eid.

A. Allgemeine Regeln.

Bevor wir den am Schluß des vorhergehenden Abschnittes erwähnten Fall näher untersuchen, seien zunächst die allgemeinen Voraussetzungen, welche der Richter in betreff der Beweisantretungen der Parteien zu prüfen hat, vorangestellt.

Als oberster Grundsatz gilt auch hier die Freiheit des Richters und demnach die Regel: der Richter ist nicht gebunden an die Beweiserbieten der Parteien[1]). Gerade hierin liegt ein Hauptunterschied zwischen dem richterlichen Eide des modernen Prozesses und dem des gemeinen Rechts und eine scharfe Konsequenz des Prinzips der freien Beweiswürdigung[2]). Es ergibt sich diese Norm aus dem genannten Prinzip, gemäß welchem der Richter nach seinem freien Ermessen einen angebotenen Beweis für erheblich oder uner-

---

[1]) Vgl. Fitting, S. 307; Wilm.-Levy, S. 702; Stein, Anm. 2 zu § 475.

[2]) Struckm.-Koch, S. 495; Wilm.-Levy, a. a. O.; Z.S. VI, 505; O.L.G. Dresden vom 28. X. 1880.

heblich halten und ihn dementsprechend annehmen oder zur Seite schieben kann.

Es ergibt sich diese Norm weiter aus dem Wortlaut des Gesetzes, indem dasselbe ausdrücklich von einer „etwaigen“ Beweisaufnahme spricht, was allerdings nur indirekt in Verbindung mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung den Schluß zuläßt, daß der Richter von einer angebotenen Beweisaufnahme bei Auferlegung eines richterlichen Eides Abstand nehmen kann.

Endlich ergibt sich die aufgestellte Regel aus der Entstehungsgeschichte des § 475. Es wurde nämlich bei Beratung desselben streitig, ob der Richter alle angebotenen Beweismittel erschöpfen müsse, bevor er zur Auferlegung eines richterlichen Eides schreite. In der J.K. d. R.T. wurde beschlossen, den richterlichen Eid als nur subsidiäres Beweismittel zu gebrauchen, und folgender Zusatz zu § 419 des Entwurfs beantragt[1]):

„Von dieser Befugnis darf erst dann Gebrauch gemacht werden, wenn sich die Beweisaufnahme auf die übrigen zulässigen Beweismittel mit Ausnahme des zugeschobenen Eides erstreckt hat.“

Dieser Zusatz wurde jedoch auf Antrag des Bundesrats gestrichen[2]), da er für unvereinbar mit § 286 erklärt wurde. Damit wurde die Möglichkeit gegeben, den richterlichen Eid nur auf Grund der mündlichen Verhandlung aufzuerlegen und der richterliche Eid, wie Wach sagt[3]), „aus der formalistisch

---

[1]) Prot. d. Kom. I. Lesg., S. 668; II. Lesg., S. 1134.

[2]) Prot. d. J.K. S. 1266.

[3]) Wach, Vorträge, S. 233.

subsidiären Stellung gegenüber anderen Beweismitteln befreit".

An und für sich liegt hierin unzweifelhaft eine große Gefahr für die Sicherheit des Prozesses und für den Richter eine Verlockung, sich auf Grund des Prinzips Schwierigkeiten zu entziehen. Diese Gefahr wird aber sicher abgewandt durch § 286, Abs. 1, Satz 2:

„In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind."

Somit würde ein Mißbrauch der richterlichen Überzeugung einen Revisionsgrund bilden. Dieser Satz deutet aber zugleich an, daß dem Richter das gegebene Recht keineswegs schrankenlos zusteht, sondern ihn positive Gründe bei seiner Entscheidung leiten müssen[1]).

B. Unter welchen Bedingungen können angebotene Beweise übergangen werden?

Obigem entsprechend möchte ich zwei Regeln hervorheben, welche der Richter trotz der ihm zugestandenen Freiheit zu beachten hat. M. E. darf der Richter angebotene Beweise nur dann beiseite schieben, wenn

1. ihm dieselben völlig untauglich erscheinen (diese Untauglichkeit kann natürlich eine subjektive oder objektive sein, je nachdem das Beweismittel als solches nicht geeignet erscheint, einen Beweis zu liefern, oder der angebotene Beweis selbst für den Prozeß wertlos wäre), oder

2. die Beweiserhebung keinesfalls imstande sein würde, den Streitgegenstand zu erledigen, sondern

[1]) Seuffert, Anm. 1 zu § 475; Gaupp-Stein, I zu § 475.

auch bei günstigstem Beweisergebnis es noch zum Eide einer bestimmten Partei kommen müßte[1])

Daß in den unter 1 und 2 angegebenen Fällen der Richter die angebotenen Beweise ablehnen kann, bedarf, wie ich glaube, keiner weiteren Begründung, da es sich aus dem Prinzip der freien Beweiswürdigung und dem dadurch entstandenen Charakter des richterlichen Eides von selbst ergibt.

Anders aber verhält es sich, wenn wir das vorher eingeschobene „nur" beachten, wodurch die beiden Sätze zu Beschränkungen des eingangs aufgestellten allgemeinen Grundsatzes richterlicher Freiheit werden. Es ist demnach gemäß argumentum a contrario zu beweisen, daß der Richter nicht ablehnen darf die nicht unter die beiden genannten Sätze fallenden Beweisanträge. Das würden aber solche Beweisantretungen sein, welche für den Rechtsstreit erheblich sind, oder, was eigentlich auch hierunter fällt, Beweisantretungen, welche eventuell imstande sind, den Rechtsstreit auch ohne richterlichen Eid zur Entscheidung zu bringen. Ich sage „eventuell" und verstehe daher unter den genannten Beweisantretungen auch solche, bei welchen es von vornherein noch zweifelhaft ist, ob sie die vermutete Kraft besitzen.

Von entgegenstehenden Ansichten, um diese vorwegzunehmen, will ich zunächst Seuffert erwähnen, welcher sagt[2]):

„Der richterliche Eid ist nicht ein subsidiäres Beweismittel, das erst nach Erledigung der anderen Beweismittel in Betracht kommt. Vielmehr kann das

---

[1]) Wach, Vorträge, S. 216.

[2]) Seuffert, Kommentar S. 679, Anm. 1 zu § 475.

Gericht mit Hinwegsetzung über das Angebot anderer Beweismittel einen richterlichen Eid auferlegen, wenn es nach Lage der Umstände glaubt, aus dem richterlichen Eid die Überzeugung von der Wahrheit oder von der Unwahrheit der streitigen Tatsachenbehauptung gewinnen zu können."

Eine ebenso schrankenlose Regel stellt die bereits erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. April 1895[1]) auf:

„Andernteils führen sowohl der Wortlaut des § 437 (jetzt 475) als das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung dahin, dem Richter auch die Befugnis zuzusprechen, vorgeschlagene Beweismittel unbenutzt zu lassen und ohne weiteres auf einen Noteid zu erkennen."

Das gleiche gilt endlich noch von einer Entscheidung des Bad. O.L.G., wenn dasselbe sagt[2])

„In Erwägung, daß der Richter nach § 437 Z.P.O. berechtigt ist, auch ohne Erhebung der übrigen Beweismittel einer oder der anderen Partei einen richterlichen Eid aufzuerlegen."

Sowohl Seuffert wie das Reichsgericht stützen sich darauf, daß der richterliche Eid kein subsidiäres Beweismittel sei. Dies gilt aber nur insofern, als allerdings gemäß der neuen Prozeßordnung eine Beweisaufnahme nicht mehr nötig ist. Es soll aber damit für den Richter nur die Möglichkeit gegeben sein, unerhebliche Beweise abzulehnen[3]), nicht aber nach seinem Belieben und seiner Willkür den Parteien das

---

[1]) E.R.G., Bd. XXXV, S. 111.

[2]) Z.S., III, S. 493.

[3]) Struckm.-Koch, S. 497; Gaupp-Stein, II zu § 475.

Wort abschneiden und als den in § 286 geforderten Grund einfach die Auferlegung des richterlichen Eides selbst angeben zu können.

Eine solche Stellungnahme entspricht m. E. — und ich glaube, hier mit der herrschenden Meinung übereinzustimmen — keineswegs dem Wesen des richterlichen Eides. Denn der richterliche Eid ist auch im modernen Prozeß in gewisser Beziehung ein subsidiäres Beweismittel in der Hand des Richters. Die Parteien sind es, welche miteinander den Prozeß führen, sie sind es, die denselben weiterschieben, der Richter hat nur den Gang des Verfahrens zu leiten und den Rechtsstreit zu entscheiden. Wenn der richterliche Eid eine Ausnahme bildet von der Verhandlungsmaxime[1]) und ein Stückchen Offizialbetrieb lebendig erhält, so wird doch die Initiative den Parteien nicht aus der Hand genommen, um dadurch den Prozeß zu einem schnelleren Ende zu führen, sondern der richterliche Eid will erst dann helfend einspringen, wenn die Mittel der Parteien erschöpft sind oder die noch verhandenen Mittel nicht ausreichen, den Prozeß zur endgültigen Entscheidung zu bringen. Der richterliche Eid soll nicht ein Bequemlichkeitsmittel für das Gericht sein, sondern ein Notbehelf für die Parteien, den einmal vor das Forum des Richters gebrachten Rechtsstreit zu entscheiden.

Dieser Standpunkt wird auch keineswegs durch die angeführte Streichung des Antrags der J.K. d. R.T. berührt. Denn der gestrichene Zusatz bezweckte die unbedingte Durchführung der angebotenen Beweise, gleichgültig, ob dieselben von Belang schienen oder

---

[1]) Gaupp-Stein, I zu § 475.

nicht. Seine Streichung bedeutet und beweist daher nur, daß der Richter nicht gezwungen sein soll, jedes und alle Beweiserbieten zu berücksichtigen; ein solches Prinzip hätte freilich im Widerspruch zur freien Beweiswürdigung gestanden.

Eine weitere Berechtigung findet der hier vertretene Standpunkt in dem Prinzip der Eidesersparnis, welches auch im modernen Prozeß anerkannt ist; denn diesem Prinzip würde es nicht entsprechen, wenn man einen Noteid da auferlegen wollte, wo die Möglichkeit besteht, den Prozeß auf andere Weise zu Ende zu führen.

In dem hier ausgeführten Sinne äußern sich denn auch die meisten Kommentataren und, soweit erkennbar, handelt auch die Praxis nach dem hier vertretenen Prinzip [1]).

C. Ablehnung von Hilfstatsachen.

In einem Fall aber darf m. E. der Richter selbst dann einen Beweis nicht ablehnen, wenn derselbe für die eigentlich streitige Tatsache unerheblich erscheint. Es trifft dies dann zu, wenn der richterliche Eid an und für sich gerechtfertigt ist, ein angebotener Beweis über eine Hilfstatsache aber geeignet erscheint, die Entscheidung des Richters, welcher Partei er den Noteid geben will, zu beeinflussen [2]). Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn Beweis angeboten

---

[1]) Vgl. Wilm.-Levy, S. 702; Struckm.-Koch, S. 570; Fitting, S. 307; Gaupp-Stein, II zu § 475; Kleinfeller, S. 391.

Auch das Reichsgericht in verschiedenen anderen Entscheidungen, so v. 9. VI. 1894, S.A. Bd. L, Nr. 56 u. o.

[2]) E.R.G. v. 27. III. 1899, J. W., S. 303.

wird, welcher geeignet ist, die Glaubwürdigkeit des Gegners zu erschüttern[1]). Denn — wie später gezeigt werden soll — der Richter hat bei Auferlegung des richterlichen Eides an die eine oder andere Partei vor allem deren Glaubwürdigkeit zu prüfen, und daraus ergibt sich unmittelbar die Verpflichtung, die angebotenen Mittel zur Prüfung dieser Glaubwürdigkeit zu benutzen. Insofern könnte man einen solchen Beweis als Vorbereitung zum richterlichen Eide auffassen.

Übereinstimmen will ich freilich mit dem Reichsgericht, wenn dasselbe eine Beweisaufnahme darüber ablehnen läßt, ob die Partei im Prozeß Unwahres behauptet habe[2]). Denn einerseits führen die Parteien ja gerade den Prozeß, um zur Entscheidung zu bringen, ob die von ihnen behaupteten Tatsachen, auf welchen die Beweise beruhen, wahr oder unwahr sind, und andererseits würde m. E. das Gelingen eines solchen Beweises auf die Glaubwürdigkeit der Partei einen wesentlichen Einfluß nicht ausüben können.

D. Eidesdelation und richterlicher Eid.

a) Allgemeine Regeln.

Bisher nun habe ich abgesehen von dem Fall der Eidesdelation, da sich hierfür ganz besondere Regeln ergeben.

Das Verhältnis vom richterlichem Eid und zugeschobenem Eid ist durch die Z.P.O. zugunsten des ersteren entschieden. Demnach ist dem Richter das Recht gegeben, zur gerechteren Entscheidung des

[1]) Gaupp-Stein, III zu § 475; E.R.G. v. 27. X. 1904, J. W., 1905. S. 26.

[1]) E.R.G. v. 22. XI. 1897; J. W. 98, S. 48.

Prozesses den Schiedseid abzulehnen und der von ihm gewählten Partei den richterlichen Eid aufzuerlegen. Ein solcher Fall wird z. B. dann eintreten können, wenn eine glaubwürdige Partei in Ermangelung anderer Beweise sich gezwungen sieht, dem Gegner einen Überzeugungseid zu deferieren, während sie selbst in der Lage wäre, den Eid in der Wahrheitsform zu leisten. Ich sage aber „können", denn der Richter wird auch in einem solchen Falle keineswegs gezwungen sein zu einem derartigen Vorgehen, wenn er dem Überzeugungseid eine größere Glaubwürdigkeit zuspricht.

Dieser Grundsatz, der seine Grundlage gleichfalls im Prinzip der freien Beweiswürdigung hat, findet seine doppelte Berechtigung in der Abweichung vom formalistischen gemeinen Prozeß[1]). Denn der zugeschobene Eid ist nur Feststellungsmittel in der Hand der Parteien, der richterliche Eid dagegen ein von den Beschränkungen des zugeschobenen Eides befreites[2]) Ausgleichungmittel in der Hand des Richters; jener ist ein rein formelles Beweismittel, dieser ein wirkliches Überzeugungsmittel, wenn er auch, einmal geschworen, gleichfalls formelle Beweiskraft besitzt.

Ausdrücklich bestätigt finden wir diese Bevorzugung der richterlichen Eides in den Motiven[3]), welche sagen: „Dem richterlichen Eide gegenüber tritt die Eidesdelation zurück. Mag der zugeschobene Eid angenommen oder zurückgeschoben sein — in keinem dieser Fälle ist der Richter gehindert, von der ihm durch § 419 erteilten Befugnis Gebrauch zu machen."

[1]) Wach, Vorträge, S. 220.
[2]) Fitting, Z.P.O., S. 308.
[3]) Motive zu § 419 a. a. O.

Nicht richtig erscheint es mir, aus dieser Stelle der Motive einen Zwang für den Richter herleiten zu wollen, wie Seuffert es tut, indem er sagt[1]): „In thesi dürfte eigentlich das Gericht, wenn die Voraussetzungen des richterlichen Eides vorliegen, gar nicht auf einen zu- oder zurückgeschobenen Eid erkennen."

Er beruft sich hierbei auf Wach, welcher aber an der von Seuffert zitierten Stelle nur sagt[2]): „Über das Verhältnis des Noteides und der Eidesdelation, einen in der gemeinrechtlichen Doktrin sehr umstrittenen Punkt, hat der Entwurf keine Bestimmung. Die Motive erklären: Dem richterlichen Eide gegenüber tritt die Eidesdelation zurück. Es wäre wünschenswert, diesen Satz, wenn er gelten soll, gesetzlich festzulegen."

Eine Bestätigung der Meinung Seufferts kann ich hierin nicht finden. Daß Wach aber tatsächlich keineswegs mit Seuffert übereinstimmt, erhellt aus seinen Vorträgen, wo er sagt[3]): „Der Richter kann durch ihn jenen ausschließen".

Daß der von Seuffert behauptete Zwang nicht bestehen kann, scheint mir auch aus der angeführten Stelle der Motive hervorzugehen, die nur sagen, daß „der Richter nicht gehindert" sei, einen richterlichen Eid aufzuerlegen, und nur von der „Befugnis" des Richters zu einer Auferlegung sprechen. Wollten wir im Sinne Seufferts entscheiden, so müßte es an diesen Stellen doch unbedingt heißen „verpflichtet" und „Verpflichtung".

---

[1]) Seuffert, S. 679.

[2]) Wach in Kr.V.J.Schr. XV, S. 343.

[3]) Wach, Vorträge, S. 219.

Und warum sollte auch der Richter, wenn er sich von dem zu- oder zurückgeschobenen Eide volle Überzeugung verspricht, verpflichtet sein, einen richterlichen Eid aufzuerlegen, zumal in diesem Falle Schiedseid und Noteid inhaltlich wenigstens identisch sein würden. Der Richter würde doch hier eine völlig überflüssige und daher vom Gesetz auch sicher nicht gewollte Handlung vornehmen. Auch aus dieser Erwägung ergibt sich, daß die Motive nur die Möglichkeit, nicht die Notwendigkeit einer Übergehung des zugeschobenen Eides im Auge hatten.

β) Bildet die Eidesdelation als solche eine Voraussetzung für den richterlichen Eid?

Wie im ersten Abschnitt der Arbeit ausführlich erörtert worden ist, kann ein richterlicher Eid dann nicht auferlegt werden, wenn kein Hauptbeweis und nur einiger Gegenbeweis erbracht ist. Wie dort bereits angedeutet, schließt sich an diese Entscheidung die weitere Frage an, wie der Richter sich bei der gleichen Sachlage zu verhalten hat, wenn die eine Partei der anderen einen Eid über die streitige Tatsache zuschiebt.

Im gemeinen Recht war diese Frage bestritten, und ihre Entscheidung erfolgte entsprechend der verschiedenen Auffassung, die man von der materiellen Gewissensvertretung hatte. Betrachtete man die Gewissensvertretung vom Gesichtspunkte eines Rollentausches als einen vom Delaten übernommenen Hauptbeweis, so mußte man annehmen, daß in genanntem Fall ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, wie dies z. B. auch Bolgiano tut[1]). Wer diese Auffassung nicht

[1]) Bolgiano, a. a. O.

teilte, mußte dementsprechend auch zur gegenteiligen Entscheidung kommen[1]).

Im modernen Prozeß dagegen, wo die Lehre von der materiellen Gewissensvertretung mit ihren Konsequenzen nicht mehr in Betracht kommt, muß die gestellte Frage m. E. genau so entschieden werden, als wenn bei der gleichen Sachlage ein Eid nicht zugeschoben wäre[2]).

Die Kommentare äußern sich zu dieser Frage teilweise in direkt entgegengesetztem Sinne, teilweise sehr unvorsichtig.

So sagt Gaupp-Stein, um zunächst eine Meinung der letzteren Art hervorzuheben[3]):

„Wenn aber zugunsten des Beweispflichtigen gar nichts, wohl aber zugunsten des Gegners etwas erwiesen ist, und kein Eid zugeschoben wird, so ist der richterliche Eid unzulässig, denn die Lage des Gegners kann nicht dadurch verschlechtert werden, daß er gegen eine unbewiesene Behauptung Gegenbeweis erbringt. Anders wenn der Beweispflichtige bei dieser Sachlage den Eid zuschiebt."

Allerdings sagt Gaupp-Stein weiter unten, wo er von einem „unzureichenden Ergebnis" spricht: „Das Gericht kann hier unter Beiseitelassung des zugeschobenen Eides der einen oder der anderen Partei den richterlichen Eid ... auferlegen". Will man daraus schließen, daß Stein im ersten Satze gleichfalls nur den Fall gemeint hat, wo die Voraussetzungen des richterlichen Eides bereits gegeben sind, so ist zum mindesten die Ausdrucksweise „bei dieser Sach-

[1]) Wetzell, S. 178.
[2]) Fitting, S. 308.
[3]) Gaupp-Stein, II zu § 475.

lage“ irreleitend, denn in diesem Falle kann ja auch ohne Eideszuschiebung ein richterlicher Eid auferlegt werden, und der monierte Fall, — wenn kein Hauptbeweis, aber einiger Gegenbeweis erbracht ist — würde dann ja nicht vorliegen.

Einen offenbar gegensätzlichen und daher m. E. unrichtigen Standpunkt nimmt Seuffert ein, wie sich aus folgenden Stellen seines Kommentars ergibt. Derselbe sagt gleichfalls im Anschluß an eine Besprechung der Theorie Bolgianos[1]).

„Ist dagegen der Haupteid zulässigerweise zugeschoben, dann kann das Gericht allerdings, wenn einiger Gegenbeweis erbracht ist, zu einem richterlichen Eide greifen.“

Damit stimmt überein Seufferts Auslegung der Motive im Gegensatz zur Interpretation Bolgianos:

„Vielmehr ist wahrscheinlich, daß die Verfasser nur den regelmäßigen Fall vor Augen hatten, in welchem der Beweispflichtige eventuell den Haupteid zugeschoben hat, und daß sie nur sagen wollten, in diesem Fall habe das Gericht zwischen Auflage des Eides an den Beweispflichtigen oder an dessen Gegner . . . die Wahl.“

M. E. kann man einer solchen Ansicht nicht zustimmen. Denn abgesehen von der Zuschiebung des Eides würden hier die Voraussetzungen für einen richterlichen Eid nicht vorliegen. Die Entscheidung der Frage würde demnach darauf hinauslaufen, ob die Zu- oder Zurückschiebung eines Eides an und für sich die Voraussetzungen für einen richterlichen Eid bietet. Diese Frage aber ist m. E. zu verneinen. Denn

[1]) Seuffert, Anm. 2 zu § 475.

gemäß § 475 bleibt immer Voraussetzung für einen richterlichen Eid das Vorliegen irgendwelcher Wahrscheinlichkeit. Die Zuschiebung, Annahme oder Zurückschiebung eines Eides liefert aber keinen Beweis und auch keine Wahrscheinlichkeit. Denn sie ist Parteihandlung, nicht Beweishandlung. Erst der ausgeschworene Eid gibt demnach die Überzeugung, nicht die Zuschiebung, welche nur das Anerbieten, dem Richter eine solche Überzeugung zu verschaffen, bedeutet. Daraus ergibt sich, daß in der Zuschiebung eines Eides die Gewähr einer Wahrscheinlichkeit nicht erblickt werden kann, und der Richter über den zugeschobenen Eid nur dann weggehen darf, wenn bereits bei der Zuschiebung die Voraussetzungen des richterlichen Eides vorliegen.

Man könnte hierin vielleicht eine Vereitelung des Zwecks des richterlichen Eides erblicken, indem der Richter hier gegen seine Überzeugung einen zugeschobenen Eid gestatten muß, während er vielleicht der anderen Partei einen richterlichen Eid auferlegen möchte. Aber dies ist nur ein Scheineinwand, denn eine positive, wenn auch nur unvollständige Überzeugung kann nur da vorliegen, wo bestimmte Gründe vorhanden sind; dann aber bilden diese ja bereits wieder die Voraussetzungen für einen richterlichen Eid. Andernfalls müßte man richterliche Überzeugung als ein rein subjektives Empfinden auffassen, und eine solche Überzeugung dürfte der objektiv urteilende Richter gar nicht berücksichtigen. Selbst wenn der Richter sich hier in einer Zwangslage befände, so dürfte man m. E. doch nicht anders entscheiden, da man ihm sonst ein Recht geben würde, welches weder Gesetz noch Motive erwähnen.

γ) Entscheidung einzelner Fälle.

Nach Entscheidung dieser grundlegenden Frage, ob die Zuschiebung eines Eides ohne weiteres zur Auferlegung eines richterlichen Eides berechtigt, können wir ohne besondere Schwierigkeit in Verbindung mit den im ersten und zweiten Abschnitt der Arbeit erörterten allgemeinen Prinzipien die einzelnen Fälle untersuchen, welche möglich sind, wenn kein Hauptbeweis, aber einiger Gegenbeweis, erbracht ist, und eine Partei der anderen über die streitige Tatsache einen Eid zugeschoben hat.

Eingehender hat sich mit dieser Frage Kuhn in dem zweiten Teile seines bereits erwähnten Aufsatzes[1]) beschäftigt. Derselbe untersucht die im genannten Falle bestehenden Möglichkeiten und kommt auf Grund dieser Untersuchung zu einem nicht überall gleichen Resultat.

Die Beweisführung Kuhns nun erscheint mir, obgleich ich in Bezug auf die Resultate teilweise mit ihm übereinstimme, nicht korrekt. Kuhn schließt nämlich in betreff aller Fälle, bei welchen der Delat weiteren Gegenbeweis anbietet, folgendermaßen:

„Hier entsteht zunächst die zu prüfende Frage: Welches ist die zu beweisende Tatsache? Ist es die Tatsache, welche der Deferent behauptet hat, oder ist es das Gegenteil derselben, welches der Delat zu beweisen unternommen hat? Nach der Bestimmung des § 418, 2 ist m. E. das letztere unzweifelhaft als die zu beweisende Tatsache zu betrachten . . . Durch die Initiative des Delaten, wodurch er statt Erklärung auf den zugeschobenen Eid den Beweis des Gegenteils

[1]) Vgl. oben S. 13.

anbietet, bewirkt er, daß für jetzt dies Gegenteil als die zu erweisende Tatsache anzusehen ist, während der Deferent in die Rolle des Gegenbeweisführers zurücktritt."

Mit einer solchen Beweisführung verirrt sich Kuhn in die gemeinrechtliche Theorie der Gewissensvertretung, indem er Deferenten und Delaten die Rollen tauschen läßt (vgl. S. 34). Von diesem Standpunkt ausgehend, müßte man gerechterweise immer, wenn der Haupteid zugeschoben, und einiger Gegenbeweis erbracht ist, einen richterlichen Eid auferlegen, was als unzulässig erscheint, wie bereits weiter oben dargelegt ist.

Es wäre daher zwecklos, die einzelnen Fälle mit Rücksicht auf Kuhns Beweisführung näher zu erörtern, vielmehr lassen sich dieselben völlig konsequent und richtig lösen unter Berücksichtigung der für die Beweisergebnisse und Beweiserbieten aufgestellten Normen.

Voraussetzung aller folgenden Fälle ist, wie bereits gesagt: kein Hauptbeweis, unvollständiger Gegenbeweis und Eideszuschiebung.

Zwei Gruppen von Fällen möchte ich hier unterscheiden: diejenigen, wo der Deferent die Beweispflicht hat, und jene, wo der Delat der beweispflichtige Teil ist.

I. Die beweispflichtige Partei hat der anderen den Eid zugeschoben.

1. Der einfachste Fall ist folgender: Der Delat hat auf weiteren Gegenbeweis verzichtet. Diesen Fall haben wir bereits oben (vgl. S. 34 ff.) dahin entschieden, daß der Richter einen richterlichen Eid hier nicht auf-

erlegen kann, da die Voraussetzungen für denselben nicht gegeben sind.

2. Der Delat bietet Gegenbeweis an. Gelingt derselbe vollständig, so kann naturgemäß ein Eid überhaupt nicht in Frage kommen. Ist dies nicht der Fall, so kann in keinem Fall ein richterlicher Eid auferlegt werden, gleichgültig, ob der Beweis des Delaten gänzlich mißlingt oder teilweise gelingt. Denn immer erhalten wir genau dasselbe Resultat wie unter 1, und es muß demnach auch hier auf den deferierten Eid zurückgegriffen werden. Nach Kuhn ist, falls der Gegenbeweis des Delaten teilweise gelingt, auf einen richterlichen Eid zu erkennen, da ja nach seiner Meinung der Gegenbeweis des Delaten zum Hauptbeweise wird, und demnach einiger Hauptbeweis vorliegt. Wie bereits gesagt, kann ich dieser Ansicht nicht zustimmen, denn die Frage, ob Haupt- oder Gegenbeweis, richtet sich im modernen Prozesse lediglich nach der Beweispflicht, diese übernimmt der Delat aber keineswegs durch Antretung eines Gegenbeweises.

3. Endlich ist es in Erweiterung des Falles unter 2 möglich, daß der Deferent, nachdem der Delat Gegenbeweis angetreten hat, nunmehr auch seinerseits zu einem Beweise schreitet. Gelingt der Beweis des Deferenten teilweise, so kann der Richter einen richterlichen Eid auferlegen, da dann die Voraussetzungen desselben vorliegen. Gerade bei Behandlung dieses Falles zeigt es sich, daß Kuhns Beweisführung nicht brauchbar ist, denn konsequenterweise müßte er zur Rückgreifung auf den zugeschobenen Eid kommen, da ja nach seiner Theorie der Beweis des beweispflichtigen Deferenten nunmehr Gegenbeweis wäre. Diese Konsequenz zieht Kuhn aber nicht, da er „damit in

Konflikt mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung komme“ und erhält infolgedessen gleichfalls das oben angegebene Resultat. Gleichgültig ist es bei dem besprochenen Fall offenbar, ob der Gegenbeweis des Delaten ganz oder teilweise mißlingt, da ja immer die Voraussetzung für einen richterlichen Eid (ein unvollständiger Hauptbeweis) gegeben ist.

Mißlingt dagegen der Beweis des Deferenten, dann ist die Sachlage genau wie unter 2, und der Richter ist demnach gezwungen, auf den deferierten Eid zurückzugreifen.

II. Der Delat hat die Beweispflicht, und es ist zugunsten des Delaten nichts, zugunsten des Deferenten etwas erwiesen.

Unternimmt hier der Delat Beweis, so muß, wenn dieser Beweis völlig mißlingt, nach dem Grundsatz: actore non probante reus absolvitur zu Gunsten des Deferenten entschieden werden, da ja der Deferent durch die Eideszuschiebung nicht auch die Beweispflicht übernimmt (§ 447 Z.P.O.).

Fällt dagegen der vom Delaten unternommene Beweis für ihn günstig aus, so kann gemäß den erörterten Grundsätzen ein richterlicher Eid auferlegt werden, und die für das Verhältnis von zugeschobenem und richterlichem Eid erörterten allgemeinen Normen finden Anwendung.

E. Befugnis des Richters bei Übergehung des zugeschobenen Eides.

Aus allem vorher Gesagten nun ergibt sich für den Richter in bezug auf Übergehung des zugeschobenen Eides eine doppelte Möglichkeit.

1. Er kann, wenn ihm der Deferent glaubwürdiger

erscheint, unter Außerachtlassung des dem Delaten zugeschobenen Eides dem Deferenten den richterlichen Eid geben.

2. Er kann, wenn ihm die Beschwörung des beantragten Eidesthemas eine volle Überzeugung in betreff der streitigen Tatsache nicht verspricht, das Eidesthema selbst ändern und den Eid als Noteid der einen oder der anderen Partei auferlegen. Dieses Recht, das Eidesthema zu ändern, erstreckt sich nicht nur auf die Form, sondern auch auf den Inhalt. So entscheidet auch das Reichsgericht[1]): „Er ist in dem Falle, wenn er den Eid, wie er zugeschoben ist, für unerheblich hält, berechtigt, denselben so zu normieren, wie er ihn für erheblich erachtet."

Allerdings darf er auch hierbei eine Voraussetzung nicht unberücksichtigt lassen. Das von ihm umgeänderte Eidesthema, der richterliche Eid, darf nur solche Tatsachen enthalten, welche von den Parteien behauptet sind. Er darf einen Eid wohl über die Beweise der Parteien, nicht aber über deren Behauptung hinaus auferlegen. Insoweit gilt auch für den richterlichen Eid die Verhandlungsmaxime. Was die Parteien nicht behauptet haben, existiert für den Richter nicht, so daß die Abänderung des Eidesthemas über diese Grenze nicht hinausgehen darf. Dies geht, wie das Reichsgericht richtig bemerkt[2]), auch aus § 475 selbst hervor, „da der vom Richter einer Partei aufzuerlegende Eid ein ergänzendes Beweismittel zur Feststellung streitiger Tatsachen ist." Bloße Zeugenaussagen genügen demnach nicht. Über die von einer

[1]) E.R.G. v. 25. X. 84, Gruchot, XXIX, 402; E.R.G. v. 17. VI. 92, J. W. S. 334; E.R.G. v. 24. IX. 96. J. W. S. 638.

[2]) E.R.G. v. 23. IV. 84, Gruchot XXVIII, 1154.

Partei behauptete Tatsache freilich kann das Gericht einen richterlichen Eid immer auferlegen, also auch dann, wenn sie nicht die unmittelbar streitige, sondern eine bloße Inzichtstatsache ist und nur mittelbar erheblich zum Beweise der eigentlich streitigen Tatsache[1]).

Hiermit sind m. E. alle Voraussetzungen, welche die Beweiserbieten der Parteien für die Auferlegung eines richterlichen Eides bieten, erörtert, und ich komme somit zum dritten und letzten Abschnitt meiner Arbeit.

III. Abschnitt.

Beweislast und richterlicher Eid.

A. Allgemeine Regeln.

Die Beweislast war es vor allem, welche im gemeinen Prozeß die Grundlage bildete für die bei Auferlegung eines richterlichen Eides zu berücksichtigenden formellen Beweisregeln. Mit Abschaffung des formalen Zwanges ist auch die Berücksichtigung der Beweislast selbst gefallen. Demnach müssen wir auch hier als oberste Regel die Freiheit des Gerichts anerkennen: der Richter ist nicht gebunden an die Regeln der Beweislast.

§ 475 selbst enthält diese Befreiung, indem er dem Richter ohne jede Einschränkung die Wahl gibt, „der einen oder der anderen Partei den Noteid zu geben. Und auch die Motive[2]) weisen auf diesen

[1]) Vgl. E.R.G. v. 17. VI. 92, J. W. 334 und v. 24. IX. 96, J. W. 638; Fitting, S. 308; Stein, IV zu § 475; Motive a. a. O.

[2]) Motive zu § 419 a. a. O.

Unterschied des modernen richterlichen Eides vom richterlichen Eide des gemeinen Prozesses hin, indem sie sagen:

„Eine Beschränkung des richterlichen Eides aus Rücksicht auf die Beweispflicht — der Ausschluß desselben, wenn er nicht der beweispflichtigen Partei auferlegt werden kann — würde von dem Standpunkte des Entwurfes aus nicht zu rechtfertigen sein."

Diese Maßregel ist eine dem Wesen des modernen richterlichen Eides entsprechende Notwendigkeit, indem derselbe abweichend von dem formellen zugeschobenen Eid einzig und allein die volle Überzeugung des Richters bezweckt, dem es somit überlassen sein muß, frei zu entscheiden, welche Partei fähig ist, diese volle Überzeugung ihm durch Leistung des auferlegten Eides zu bieten; ihn demnach mit formellen Regeln der Beweislast zu zwingen, wäre eine der Natur des richterlichen Eides wiedrsprechende Unmöglichkeit[1]).

B. Einflufs der Beweislast auf die Wahl der Partei.

Im Sinne obiger Ausführungen hat sich die Praxis und speziell das Reichsgericht entschieden in einer Reihe von Urteilen, von welchen ich das Urteil vom 7. Juni 1888[2]) als gewissermaßen grundlegend anführen will, indem ich mit demselben zwar in dem oben ausgesprochenen Prinzip, nicht aber bezüglich der m. E. zu weitgehenden Konsequenzen übereinstimmen möchte. Das Reichsgericht sagt:

---

[1]) Vgl. Kleinfeller, S. 391; Struckm.-Koch, S. 570; Seuffert, S. 681; Fitting, S. 307; Wilm.-Levy, S. 702; Gaupp-Stein, III zu § 475; ebenso: R.G., Bd. XXII, S. 226 und J. W. 02, S. 544.

[2]) E.R.G. Bd. XXI, S. 371.

„Seine (des richterlichen Eides) Überzeugungskraft kann sich selbstverständlich nicht nach der Beweispflichtigkeit, sondern nur nach der voraussetzlichen Wahrhaftigkeit des Schwörenden bemessen . . . Bei der Entscheidung, welcher Partei der Eid aufzuerlegen sei, darf sich der Richter nur durch solche Momente bestimmen lassen, welche für die Beweiskraft desselben von Erheblichkeit sind. Zu diesen Momenten gehört nicht die Beweispflichtigkeit einer oder der anderen Partei bezüglich des zum Eid verstellten Tatumstandes . . . Für die Auswahl des Schwurpflichtigen ist nur das Maß der dem Eide der einen oder der anderen Partei vom Gericht beigelegten Überzeugungskraft — vielleicht neben oder in Verbindung mit der Stärke des bereits erbrachten Beweises — von Erheblichkeit."

Demnach würde das Reichsgericht in jedweder Berücksichtigung der Beweislast bei Auswahl der Partei einen Revisionsgrund erblicken, was m. E. zu weit geht. Daß das Reichsgericht tatsächlich diesen Zwang aussprechen wollte, zeigt eine spätere Entscheidung, welche sich auf obige Stelle beruft und sagt[1]):

„Die Erwägung des Berufungsrichters kann nur dahin verstanden werden, daß der Berufungsrichter das entscheidende Gewicht nicht bloß dem Maße des erbrachten Beweises beilegt, sondern daß er seine Entscheidung auch damit hat begründen wollen, daß die Beweislast die Klägerin treffe. Hierdurch verstößt der Berufungsrichter gegen die Grundsätze der §§ 437 und 259."

Eine solche Einengung des Gerichts geht m. E.

---

[1]) E.R.G. v. 2. IV. 94, J. W. S. 279.

zu weit. Man kann unmöglich daraus, daß das Gesetz dem Richter gestattet, ohne Rücksicht auf die Beweispflicht zu entscheiden, schließen, daß nunmehr der Richter auch verpflichtet sei, sich nicht an die Beweislast zu kehren. Durch die neue Bestimmung der Z.P.O. sollte ein Zwang aus der Welt geschafft, nicht ein neuer Zwang aufgestellt werden. Gewiß, die Beweispflicht als solche darf regelmäßig ein ausschlaggebendes Moment nicht bilden; findet aber der Richter, daß beide Parteien gleich glaubwürdig erscheinen, daß beiden Teilen gleiche Wahrscheinlichkeit zur Seite steht — warum sollte man ihm die Möglichkeit nehmen, in Ermangelung anderer Hilfsmittel die Beweislast zu berücksichtigen, um irgendwelche Stütze für die Wahl der Partei zu haben [1])? Allerdings hat die Beweispflicht nur eine formelle Beweiskraft. Aber ihre Berücksichtigung im gemeinen Prozeß enthielt doch einen gesunden Gedanken. Die Partei, welche behauptet, soll auch beweisen, und wenn sie nicht imstande ist, eine größere Wahrscheinlichkeit als ihr Gegner beizubringen, dann verdiente der andere Teil eine größere Glaubwürdigkeit von seiten des Richters. Diesem Gedanken, welcher der formellen Beweisregel zugrunde lag, kann m. E. eine gewisse Berechtigung und eine gewisse Überzeugungskraft nicht abgesprochen werden, wenn auch der Zwang der formellen Regel gefallen ist. Insofern bildet auch die Beweislast ein Moment, welches geeignet ist, auf die Überzeugung des Richters einzuwirken, und welches er daher sehr wohl berücksichtigen darf. Warum sollte auch der Richter, vorausgesetzt natürlich, daß nicht ein

[1]) Vgl. auch Gaupp-Stein, III zu § 475.

anderes Moment die Berücksichtigung der Beweispflicht illusorisch macht, noch ein Übriges tun, indem er dem Beweispflichtigen in genanntem Falle den Eid gewährt? Scheint hier nicht eine größere Überzeugungskraft für den Eid des gleich glaubwürdigen Gegners zu sprechen, der in diesem Falle unverdienterweise benachteiligt würde? Eine Untersuchung aber, wem der richterliche Eid zum Nachteil gereicht, kann dem Richter wohl nicht verwehrt werden.

In diesem Sinne hat das Reichsgericht selbst einmal entschieden für den Fall hoher Wahrscheinlichkeit zugunsten des Beweisführers, indem es sagt[2]):

„Es liegt in der Natur der Sache, steht auch mit dem Grundsatze des § 347 in keiner Weise in Widerspruch, daß das Gericht bei schon vorliegender hoher Wahrscheinlichkeit der bestrittenen Tatsache den noch für erforderlich erachteten Eid dem Beweisführer gibt, sofern sich nicht nach Lage der Sache, z. B. wegen größerer Vertrauenswürdigkeit oder der besseren Wissenschaft des Gegners oder aus anderen Umständen mehr empfiehlt, dem Gegner den Eid anzuvertrauen."

Nach obigen Ausführungen kann ich mich nicht dazu entschließen der erstgenannten Entscheidung des Reichsgerichts, vom 7. Juni 1888 beizutreten, und glaube, daß auch aus dem Wortlaut des Gesetzes ein Zwang für den Richter, die Beweislast außer acht zu lassen nicht entnommen werden kann.

Übrigens äußert sich, um dies nicht unerwähnt zu lassen, das Reichsgericht selbst einmal in wenigstens

---

[1]) Vgl. auch Struckm.-Koch, S. 570.

[2]) E.R.G. v. 7. X. 92, J. W. S. 462.

teilweise zustimmendem Sinn, indem es sagt[1]): „Das Berufungsgericht durfte die Zulassung des Beklagten zu diesem Eide nicht lediglich auf die Beweispflichtigkeit des Klägers stützen.“

C. Einfluſs der Beweislast auf die Auferlegung selbst.

Im vorhergehenden habe ich darzulegen versucht, inwieweit die Beweislast bei Auswahl der Partei berücksichtigt werden kann. Einen bedeutend einschneidenderen Einfluß übt die Beweislast auf die Frage aus, ob überhaupt ein richterlicher Eid auferlegt werden kann[2]). Denn während im ersteren Fall der Richter nach freiem Ermessen entscheiden kann, ob er die Beweislast berücksichtigen will, muß er in letzterem Falle prüfen, ob die Verteilung der Beweislast ihm gestattet, überhaupt einen richterlichen Eid aufzuerlegen, da unter gewissen Umständen die Regeln der Beweislast den Prozeß allein entscheiden. Es sind dies die bereits im ersten Abschnitt angeführten Fälle, in welchen der Richter auf Grund mangelnder Beweisergebnisse zugunsten des Beweispflichtigen einen richterlichen Eid nicht auferlegen kann. Denn die speziellen und formellen Regeln der Beweislast für die Auswahl der Partei bestehen zwar nicht mehr, den allgemeinen Regeln derselben aber kann sich der Richter auch hier nicht entziehen.

In dem ersten Abschnitt der Arbeit glaube ich bereits nachgewiesen zu haben, daß ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden kann, wenn kein Beweis von Seite der beweispflichtigen Partei erbracht ist,

[1]) E.R.G. v. 8. VII. 92, J. W. S. 370.

[2]) Wilm.-Levy, S. 702; Gaupp-Stein, II zu § 475; Struckm.-Koch, S. 496.

sei es, daß der Gegner keinen, sei es, daß er einen nur unvollständigen Gegenbeweis beibringen konnte. Denn in jedem dieser Fälle hat der Beklagte den Anspruch darauf, daß der Prozeß nach dem Prinzip „actore non probante reus absolvitur“ entschieden werde. Daraus aber ergibt sich die Verpflichtung des Richters, zu untersuchen, wem die Ungewißheit der streitigen Tatsache zum Nachteil gereicht, mit anderen Worten, welcher Teil die Beweispflicht hat. In diesen Fällen bildet also die Prüfung der Beweispflicht eine notwendige Voraussetzung für die Auferlegung eines richterlichen Eides[1]).

Steht aber jemand auf dem Standpunkt des Reichsgerichts, daß ein richterlicher Eid auch dann auferlegt werden könne, wenn von Seite des beweispflichtigen Teils gar keine Wahrscheinlichkeit erbracht sei, dann darf m. E. logischerweise die Beweispflicht um so weniger den Ausschlag geben bei der Wahl des Schwurpflichtigen. Nicht zustimmen kann ich daher einer Entscheidung des Reichsgerichts, wenn dasselbe nach Annahme, „daß keineswegs zugunsten der Beweispflichtigen irgend etwas dargetan ist“, sagt:

„Bei dieser Sachlage aber konnte die Berücksichtigung der Beweispflicht bei Auswahl des Schwurpflichtigen zu einer Benachteiligung der Beweispflichtigen nicht führen.“

M. E. muß man im vorliegenden Fall entweder den richterlichen Eid überhaupt ablehnen, wie es mir als das Richtige gemäß den Regeln der Beweislast erscheint, oder man darf die Beweispflicht auch für

[1]) Vgl. Rosenberg, Beweislast, S. 21: „Also auch bei Auferlegung eines richterlichen Eides muß die Frage nach der Feststellungs- und Beweislast erörtert werden.“

die Auswahl des Schwurpflichtigen nicht berücksichtigen. Es dürfte nicht konsequent sein, die Regeln der Beweislast einerseits bei Auferlegung des richterlichen Eides selbst zu ignorieren und andererseits dieselben für die Auswahl des Schwurpflichtigen gelten lassen zu wollen.

Schluß.

Welche Momente sind bestimmend für die Wahl des Schwurpflichtigen?

Nachdem im letzten Abschnitt erörtert worden ist, inwieweit die Auferlegung des richterlichen Eides eine Berücksichtigung der Beweislast voraussetzt, sei zum Schlusse noch die Untersuchung der allgemeinen Frage angeschlossen, welche Momente den Richter dazu bestimmen sollen, die eine oder die andere Partei zu wählen.

Sicher ist als allgemeine Voraussetzung zu beachten, daß derjenigen Partei der Eid aufzuerlegen ist, von welcher der Richter am ehesten volle Überzeugung in betreff der streitigen Tatsache zu erlangen hofft[1]). Diese allgemeine Regel ist sowohl von der Theorie wie von der Praxis stets festgehalten worden. Sie ist begründet in der Natur des richterlichen Eides als Überzeugungsmittel.

Verschieden aber scheinen mir die Ansichten darüber zu sein, welches das ausschlaggebende Moment bei Erlangung dieser Überzeugung ist. Diese Frage ist von Wichtigkeit, da ja der Richter in der Urteils-

[1]) E.R.G. v. 14. I. 04; J. W., S. 120.

begründung angeben muß, welche Gründe ihn bei der Auswahl des Schwurpflichtigen geleitet haben. Als in Betracht kommende Momente sind in verschiedenen Entscheidungen angeführt die größere Vertrauenswürdigkeit der Partei, die gemäß den vorliegenden Beweisergebnissen größere Wahrscheinlichkeit der zu erweisenden Tatsachen, die vermutlich bessere Kenntnis der streitigen Tatsache, die Form des aufzuerlegenden Eides (Wahrheits- oder Überzeugungseid), das Verhalten der Parteien im Prozeß und endlich die Beweislast[1]).

In betreff der Beweislast, um mit dem letzten anzufangen, ist es sicher, daß dieselbe nur höchst subsidiär oder vielleicht in Verbindung mit einem der anderen angegebenen Momente berücksichtigt werden kann, keinesfalls aber ohne weiteres als ausschlaggebendes Moment betrachtet werden darf.

Ebenso, um dies vorauszuschicken, muß eine strenge Grenze gezogen werden zwischen der auf tatsächliche Momente sich stützenden Glaubwürdigkeit einer Partei und dem Gesamteindruck, den dieselbe auf den Richter macht[2]). Letzterer darf auf keinen Fall ein ausschlaggebendes Moment bilden. Denn wenn auch im modernen Prozesse keine formalen Beweisregeln den Richter einschränken, so ist derselbe doch den Parteien gegenüber zur Rechenschaft darüber verpflichtet, welche Gründe ihn bewogen haben, eine besondere Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit der Partei anzunehmen. Als ein derartiger Entscheidungsgrund kann aber nicht das unbestimmte und willkürliche

[1]) Gaupp-Stein, III zu § 475; Struckm.-Koch, S. 570; E.R.G. v. 11. XI. 02, J. W. 03, S. 8.

[2]) Wach, Vorträge, S. 214.

Moment des Gesamteindrucks angesehen werden. Denn, wie Wach richtig bemerkt, „nur tatsächliche Stützpunkte für die Wahrheit der Behauptungen dürfen als Urteilsgründe verwendet werden ... Der Gesamteindruck ist kein Beweisgrund, ist kein Urteilsgrund."

Zu den tatsächlichen Stützpunkten sind nun die übrigen oben aufgezählten Momente zu rechnen. Alle diese aber kommen m. E. wieder nur in Betracht als erhöhende oder vermindernde Umstände für die Glaubenswürdigkeit der Parteien[1]). Denn die Überzeugung des Richters muß sich zwar auf objektive Momente stützen, ist aber selbst notwendigerweise etwas Subjektives, wie auch die möglichste Vermeidung der rein objektiven Beweislastregeln zeigt. Diesem subjektiven Moment der Überzeugung des Richters entspricht auf der anderen Seite das subjektive Moment der Glaubwürdigkeit der Partei, das sich allerdings auch wieder auf objektiv feststehenden Stützpunkten aufbauen muß.

So kommt zunächst auch die größere Wahrscheinlichkeit[2]) gemäß den vorliegenden Beweisergebnissen nur in Betracht als Stütze für die Glaubwürdigkeit der Partei oder im umgekehrten Falle als Grund gegen dieselbe[3]).

Das Gleiche gilt von dem Verhalten einer Partei im Prozeß. Verweigert z. B. eine Partei die Vornahme des Augenscheins, so ist sie zwar hierzu nach dem Gesetz berechtigt, aber der Richter kann in einem solchen Verhalten sehr wohl einen Stützpunkt zu der Vermutung finden, daß die Partei auf diese Weise

[1]) E.R.G. v. 25. VI. 97, J. W., S. 458.
[2]) Vgl. E.R.G. v. 2. XI. 02; J. W., 03, S. 7.
[3]) E.R.G. v. 11. XI. 02; J. W., 03, S. 8.

die Aufdeckung einer von ihr behaupteten Unwahrheit zu verhindern sucht und insofern offenbar weniger Glauben verdient.

Das Gleiche würde z. B. gelten bei Untauglichmachung eines Beweismittels (Entfernung eines Zeugen). Daß solche Umstände die Überzeugungskraft eines Eides der betreffenden Partei wesentlich vermindern würden, liegt auf der Hand.

Endlich kann für die Glaubwürdigkeit auch der Umstand in Frage kommen, daß eine Partei die streitige Tatsache nur mit einem Überzeugungseid beschwören kann, während die andere Partei imstande wäre, den Eid in der Wahrheitsform zu leisten[1]). Zwar besteht auch hier kein Zwang der Berücksichtigung, und es ist sehr wohl denkbar, daß beide Parteien unter voller Glaubwürdigkeit den aufzuerlegenden Eid zu leisten vermögen, doch besitzt, wenn andere Umstände nicht hinzutreten, derjenige, der aus eigener Wahrnehmung die streitige Tatsache beschwören kann, größere Glaubwürdigkeit als der Gegner, der den Eid bloß in der Überzeugungsform leisten kann. Daher ist m. E. auch dieses Moment sehr wohl zu berücksichtigen bei der Frage nach der Glaubwürdigkeit der Partei.

Alle im vorhergehenden erwähnten Umstände, welche geeignet sind, die Überzeugung des Richters zu beeinflussen, enthalten zwar kein „muß“ für das Gericht, der vernünftige Richter wird sich aber diesen von Vernunftgründen gebotenen Regeln nicht entziehen können trotz des ihm gewährten freien Ermessens[2]).

[1]) E.R.G. v. 11. II. 02, J. W., S. 169.

[2]) E.R.G. v. 3. I. 02, J. W. 02, S. 92.

Fortschreitend zu immer größerer Freiheit des Richters hat unser modernes Recht den richterlichen Eid von formellen Zwangsmaßregeln befreit, aber man darf in der Betonung dieser Freiheit nicht zu weit gehen; auch heute dürfen wir den richterlichen Eid nicht als einen Akt der Willkür bezeichnen und gebrauchen, auch heute müssen wir, wo die gesetzlichen Bestimmungen versagen, dem von formalen Schranken befreiten Richter Schranken Logik und objektiver Überlegung setzen, denen er sich vernünftigerweise nicht entziehen kann und darf.

Lebenslauf.

Geboren bin ich, Gotthard Maria Wielich, am 2. Februar 1885 zu Krefeld in der Rheinprovinz als Sohn der Eheleute Ludwig Wielich und Ernestine, geb. Strasser.

Von meinem 5. bis zum 10. Lebensjahre besuchte ich die Volksschule zu Wien und Strebersdorf bei Wien, sodann vom September 1895 an das Gymnasium Kalksburg bei Wien, welches ich am 18. Juli 1903 mit dem Zeugnis der Reife mit Auszeichnung verließ.

Ich studierte darauf zunächst in Hannover Hoch- und Tiefbau, sodann in Halle und Bonn Jurisprudenz. Im Januar 1908 bestand ich in Naumburg a. S. das Referendarexamen und wurde am 11. April 1908 vereidigt. Seit diesem Tage bin ich am Amtsgericht Wernigerode a. H. als Referendar beschäftigt.

Das Rigorosum bestand ich in Erlangen am 5. Juni 1908.

Allen Herren Professoren und Privatdozenten, deren Vorlesungen ich gehört habe, spreche ich an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aus, besonderen Dank aber sage ich Herrn Professor Dr. Stein, dessen Vorlesung und Praktikum des Zivilprozeßrechtes mir die erste Anregung zu meiner Arbeit gegeben hat.